

University of Groningen

Case note: ECLI:NL:HR:2016:2888

de Graaf, K.J.; van der Meulen, W.P.

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version

Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:

2017

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):

de Graaf, K. J., & van der Meulen, W. P., (2017). *Case note: ECLI:NL:HR:2016:2888: Gst. 2017/176*, Nr. 16/00921, Nr. ECLI:NL:HR:2016:2888, dec. 16, 2016. (De Gemeentestem; Vol. 2017, Nr. 7464).

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

Gst. 2017/176

Hoge Raad (Civiele kamer) 16 december 2016, nr. 16/00921 (Mrs. E.J. Numann, C.A. Streefkerk, M.V. Polak, T.H. Tanja-van den Broek en C.E. du Perron)
m.nt. K.J. de Graaf en W.P. van der Meulen¹

(Art. 1 Protocol 1 EVRM, art. 93, 94 Gw; art. 1, 2, 3, 4 Wet verbod pelsdierhouderij)

RvdW 2017/3
NJB 2017/21
O&A 2017/18
RAV 2017/22
JWB 2016/464
NJ 2017/132
ECLI:NL:HR:2016:2888

Is invoering van de Wet verbod pelsdierhouderij (met een overgangperiode tot 2024) een onrechtmatig overheidsdaad? Verlies van toekomstige inkomsten; strijd met art. 1 EP EVRM (eigendomsbescherming)? Betekenis van rechtspraak EHRM voor uitleg van art. 1 EP EVRM door de nationale rechter. Regulering van eigendom; is een 'fair balance' in acht genomen?

Ingevolge bestendige rechtspraak van het EHRM kan goodwill onder bepaalde omstandigheden weliswaar als eigendom in de zin van art. 1 EP EVRM worden beschouwd, maar kunnen toekomstige inkomsten alleen dan als zodanig worden aangemerkt wanneer zij reeds zijn verdiend of wanneer daarop een rechtens afdwingbare aanspraak bestaat. Dat brengt met zich dat goodwill, dan wel de waarde van een onderneming niet als eigendom in de zin van art. 1 EP EVRM heeft te gelden indien het bestaan daarvan uitsluitend kan worden onderbouwd door verwijzing naar toekomstige inkomsten. Het hof heeft de relevante rechtspraak van het EHRM omtrent de reikwijdte van art. 1 EP EVRM niet miskend; het heeft vastgesteld dat de nertsenfokkers de waarde of goodwill van hun ondernemingen vrijwel volledig, zo niet uitsluitend, baseren op de toekomstige inkomsten die zij na 15 januari 2013 hopen te generen, en niet op bestaande eigenschappen of verworvenheden ('assets') van hun ondernemingen, zoals een klantenbestand. Volgens vaste rechtspraak van het EHRM is niet alleen in geval van een formele onteigening sprake van ontneming van eigendom in de zin van art. 1 EP EVRM, maar ook indien sprake is van een de facto onteigening. Indien de maatregel leidt tot beëindiging van de onderneming maar de rechthebbende enig economisch belang of een zinvolle gebruiksmogelijkheid behoudt bij (activa van) de onderneming, is geen sprake van een de facto onteigening van de onderneming. Het bestaan van een overgangperiode (tot 2024) die de door een maatregel getroffen eigenaar in staat stelt zijn schade te beperken, is een omstandigheid die kan bijdragen aan het oordeel dat een re-

delijk evenwicht is getroffen tussen de eisen van het algemeen belang enerzijds en de bescherming van individuele rechten anderzijds. Het hof heeft terecht onderzocht of de overgangperiode de nertsenhouders een adequate mogelijkheid biedt hun schade te beperken.

Hoge Raad der Nederlanden

Arrest in de zaak van:

1. De vereniging NEDERLANDSE FEDERATIE VAN EDELPELS-DIERENHOUDERS,
gevestigd te Nederasselt, c.s.
Eiseressen tot cassatie,
tegen
De Staat der Nederlanden (Ministerie van Economische Zaken),
zetelende te Den Haag,
VERWEERDER in cassatie,
Partijen zullen hierna ook worden aangeduid als NFE c.s. en als de Staat.

1 Het geding in feitelijke instanties

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar de navolgende stukken:

- a. de vonnissen in de zaak C/09/443613/HA ZA 13/611 van de rechtbank Den Haag van 4 september 2013, 21 mei 2014 en 18 juni 2014;
- b. de arresten in de zaaknummers 200.150.279/01 en 200.152.339/01 van het gerechtshof Den Haag van 9 september 2014 en 10 november 2015.

De arresten van het hof zijn aan dit arrest gehecht.

2 Het geding in cassatie

Tegen het arrest van het hof van 10 november 2015 hebben NFE c.s. beroep in cassatie ingesteld.

De cassatiedagvaarding is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit.

De Staat heeft geconcludeerd tot verwerping van het beroep.

De zaak is voor partijen mondeling en schriftelijk toegelicht, voor NFE c.s. mede door mr. B.F.L.M. Schim.

De conclusie van de Advocaat-Generaal P. Vlas strekt tot vernietiging van het bestreden arrest en tot verwijzing.

De advocaat van NFE c.s. en de advocaat van de Staat hebben ieder bij brief van 23 september 2016 op die conclusie gereageerd.

3 Beoordeling van het middel

3.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

- (i) NFE heeft blijkens haar statuten onder meer tot doel de behartiging van de belangen van de edelpelsdierenfokkerij alsmede de behartiging van de belangen van haar leden. De Nertsenhouders (met hoofdletter) zijn partij in dit geding en maken hun bedrijf van het houden van nertsen voor de productie van bont en maken deel uit

¹ Kars de Graaf en Wybrand van der Meulen zijn respectievelijk als adjunct hoogleraar Bestuursrecht en duurzaamheid en wetenschappelijk student-assistent verbonden aan de vakgroep Staatsrecht, Bestuursrecht en Bestuurskunde van de Rijksuniversiteit Groningen.

van de meeromvattende groep van alle nertsenhouders in Nederland wier belangen door NFE worden behartigd.

- (ii) Op 1 juli 1999 heeft de Tweede Kamer de motie Swildens-Rozendaal c.s. aanvaard, waarin de regering is verzocht maatregelen voor te bereiden, teneinde het bedrijfsmatig houden van nertsen te beëindigen. Het naar aanleiding van deze motie bij de Tweede Kamer op 18 oktober 2001 ingediende wetsvoorstel 'Verbod op de pelsdierhouderij' is, na een kabinetswisseling in 2002, ingetrokken.
- (iii) Op 11 december 2003 heeft het Productschap Pluimvee en Eieren de Verordening welzijnsnormen nertsen 2003 (hierna: de PPE-Verordening) vastgesteld. De nertsenhouders hebben tot 1 januari 2014 de tijd gekregen om investeringen te doen teneinde al hun nertsen te houden conform de eisen van de PPE-Verordening.
- (iv) Op 4 oktober 2006 heeft het Kamerlid Van Velzen een initiatiefwetsvoorstel ingediend, met als doel het houden en (doen) doden van pelsdieren, waaronder nertsen, voor de productie van bont geheel te verbieden. Dit wetsvoorstel heeft geleid tot de Wet verbod pelsdierhouderij (hierna: de Wet). De Wet is op 15 januari 2013 in werking getreden.
- (v) De Wet verstaat onder 'pelsdier' een dier dat gehouden wordt uitsluitend of in hoofdzaak ter verkrijging van de pels (art. 1 onder e). Art. 2 van de Wet verbiedt het houden, doden of doen doden van een pelsdier. Ingevolge art. 4 van de Wet is het verbod voor de periode tot 1 januari 2024 (hierna: de overgangsperiode) niet van toepassing op de nertsenhouder die aan de in art. 4 omschreven voorwaarden voldoet, waaronder de voorwaarde dat hij op de voet van art. 3 melding heeft gedaan van het feit dat hij op de dag van inwerkingtreding van de Wet nertsen houdt. De overgangsperiode kan niet benut worden door degene die eerst na 15 januari 2013 een nertsenhouderij heeft verkregen, tenzij sprake is van een bijzondere omstandigheid als bedoeld in art. 3 lid 4 van de Wet.

Die bijzondere omstandigheid houdt in, kort gezegd, dat de overdragende nertsenhouder groot financieel nadeel lijdt doordat (i) hij plotseling arbeidsongeschikt is geworden, (ii) de nertsenhouderij deel uitmaakt van een te verdelen gemeenschap en voor die verdeling te gelde moet worden gemaakt, of (iii) de nertsenhouder de 65-jarige leeftijd heeft bereikt.

- (vi) In de Wet is een drietal flankerende maatregelen opgenomen (hierna: de flankerende maatregelen), namelijk (i) dat bij algemene maatregel van bestuur regels worden gesteld over een tegemoetkoming in de kosten van sloop of ombouw van gebouwen waarin beroepsmatig nertsen worden gehouden en die door het verbod van art. 2 hun functie verliezen, (ii) een wijziging van de regeling rond de herinvesteringsreserve in de Wet op de inkomstenbelasting 2001, waardoor nertsenhouders die hun bedrijf beëindigen de daardoor eventueel ontstane boekwinst belastingvrij kunnen herinvesteren,

en (iii) een hardheidsclausule voor de pensioenvoorziening van oudere nertsenhouders.

3.2.1 In dit geding vorderen NFE c.s. dat de Wet onverbindend wordt verklaard, althans buiten werking wordt gesteld, alsmede een verklaring voor recht dat de Staat zich schuldig maakt aan een onrechtmatige daad en aansprakelijk is voor de door de Nertsenhouders geleden schade, nader op te maken bij staat. Voor zover in cassatie van belang, leggen zij daaraan ten grondslag dat de Staat door de invoering van de Wet inbreuk heeft gemaakt op het door art. 1 Eerste Protocol bij het EVRM (hierna: art. 1 EP) gewaarborgde recht op eigendom van de nertsenhouders. De rechtbank heeft de vorderingen toegewezen. (...)

3.3.1 Onderdeel 1 van het middel is gericht tegen het oordeel van het hof (in rov. 2.4-2.9 en rov. 4.1) dat de waarde van een onderneming of de goodwill in een onderneming, voor zover deze is ontleend aan toekomstige inkomsten, niet onder de bescherming van art. 1 EP valt.

Onderdeel 1.1 klaagt, ervan uitgaande dat het hof de rechtspraak van het EHRM juist heeft geduid (hetgeen door onderdeel 1.2 wordt bestreden), dat het oordeel van het hof niettemin in strijd komt met art. 1 EP in verbinding met art. 14 EVRM. Het onderdeel betoogt dat de Hoge Raad, zo nodig door aansluiting bij de heersende opvattingen en de gangbare praktijk in het internationaal investeringsrecht, aan art. 1 EP op dit punt een verdergaande reikwijdte zou moeten toekennen dan het EHRM doet.

Onderdeel 1.2.1 betoogt subsidiair dat het hof heeft miskend dat de rechtspraak van het EHRM ruimte laat voor een benadering waarin de bestaande waarde van (de goodwill in) een onderneming op de grondslag van een bestaand vermogen om in de toekomst voldoende waarschijnlijke overwinsten te kunnen realiseren, onder de reikwijdte van art. 1 EP valt. Daarom dient goodwill niet buiten beschouwing te worden gelaten indien, zoals in dit geval, de goodwill is gegrond op het vermogen toekomstige overwinsten te genereren, deze toekomstige overwinsten voldoende zeker of bepaalbaar zijn, en op grond daarvan een actuele, voldoende zekere waarde van de ondernemingen is bepaald die door de desbetreffende overheidsmaatregel wordt getroffen.

3.3.2 Ingevolge bestendige rechtspraak van het EHRM kan goodwill onder bepaalde omstandigheden weliswaar als eigendom in de zin van art. 1 EP worden beschouwd, maar kunnen toekomstige inkomsten alleen dan als zodanig worden aangemerkt wanneer zij reeds zijn verdiend of wanneer daarop een rechtens afdwingbare aanspraak bestaat (vgl. recent EHRM 21 april 2016, nr. 32913/03 (*Topallay/Albanië*), par. 88). Dat brengt met zich dat goodwill, dan wel de waarde van een onderneming niet als eigendom in de zin van art. 1 EP heeft te gelden indien het bestaan daarvan uitsluitend kan worden onderbouwd door verwijzing naar toekomstige inkomsten (zie EHRM 25 januari 2000, nr. 37683/97 (*Ian Edgar (Liverpool) Ltd./Verenigd Koninkrijk*) en EHRM 13 maart 2012, nr. 23780/08, ECLI:NL:XX:2012:BX1155 (*Malik/Verenigd Koninkrijk*)).

In de uitspraken waarin het EHRM goodwill als (onderdeel van) eigendom heeft aanvaard, ging het om gevallen waarin die goodwill voortvloeide uit een bestaande vergunning (vgl. EHRM 7 juli 1989, nr. 10873/84 (*Tre Traktörer Aktiebolag/Zweden*) en EHRM 18 februari 1991, nr. 12033/86 (*Fredin/Zweden*)), of uit een bestaande klanten- of patiëntenkring (vgl. EHRM 26 juni 1986, nrs. 8543/79, 8674/79 en 8635/79, ECLI:NL:XX:1986:AC9450, NJ 1987/581 (*Van Marle e.a./Nederland*) en de hiervoor genoemde zaak *Malik/Verenigd Koninkrijk*). Daarnaast is in de zaak *Wendenburg/Duitsland* (EHRM 6 februari 2003, nr. 71630/01) art. 1 EP toepasselijk geacht op “law practices and their clientele”; voor die toepasselijkheid achtte het EHRM echter van belang dat op grond van een bestaand wettelijk privilege (het uitsluitend recht van advocaten om te procederen voor Duitse gerechtshoven) de ‘legitimate expectation’ bestond dat inkomsten verworven kunnen worden: “When dealing with the protection of privileges accorded by law, the Convention is applicable where such privileges lead to a legitimate expectation of acquiring certain possessions”.

In het licht van het voorgaande geeft het oordeel van het hof geen blijk van miskenning van de relevante rechtspraak van het EHRM omtrent de reikwijdte van art. 1 EP. Het hof heeft immers vastgesteld dat NFE c.s. de waarde of goodwill van hun ondernemingen vrijwel volledig, zo niet uitsluitend, baseren op de toekomstige inkomsten die zij na 15 januari 2013 hopen te generen (rov. 2.7), en niet op bestaande eigenschappen of verworvenheden (‘assets’) van hun ondernemingen, zoals een klantenbestand. In dit verband heeft het hof in aanmerking genomen dat namens NFE c.s. is verklaard dat 99% van de geproduceerde pelzen via de beurs wordt verkocht (rov. 2.8 en 3.11). Onderdeel 1.2.1 faalt derhalve.

3.3.3 Op grond van art. 93 Grondwet dient de Nederlandse rechter de een ieder verbindende bepalingen uit het EVRM toe te passen. Dat brengt mee dat hij ook gehouden is die bepalingen zelf uit te leggen, met dien verstande echter dat de taakverdeling tussen de nationale rechter en het EHRM meebrengt dat de nationale rechter bij zijn uitleg van de bepalingen van het EVRM zich richt naar de gevestigde rechtspraak van het EHRM. Weliswaar laat art. 53 EVRM de verdragsstaten de vrijheid om verdergaande bescherming te bieden dan voortvloeit uit de bepalingen van het EVRM, maar de art. 94 en 120 Grondwet brengen mee dat de Nederlandse rechter (bepalingen uit) een wet in formele zin slechts buiten toepassing mag laten indien toepassing van die wet niet verenigbaar is met een ieder verbindende bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties. Gelet op hetgeen zojuist is overwogen kan een zodanige onverenigbaarheid echter niet worden aangenomen op grond van een uitleg door de nationale – Nederlandse – rechter van het begrip eigendom in art. 1 EP die afwijkt van de gevestigde rechtspraak van het EHRM met betrekking tot die verdragsbepaling (vgl. HR 10 augustus 2001, ECLI:NL:HR:2001:ZC3598, NJ 2002/278 en HR 22 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1211, *BNB* 2014/30).

(...)

3.4.1 Onderdeel 2 van het middel is gericht tegen het oordeel van het hof (in rov. 5.3) dat in dit geval sprake is

van regulering van eigendom door de Wet en niet van ontneming van eigendom. Het onderdeel bevat onder meer de rechtsklacht dat, indien de onderneming als zodanig voor bescherming door art. 1 EP in aanmerking komt, een maatregel die leidt tot algehele beëindiging van de onderneming, althans tot de onmogelijkheid om op de bestaande bedrijfslocatie of elders de onderneming voort te zetten, heeft te gelden als een *de facto* ontneming van eigendom. De door het hof gevolgde benadering, die louter is gericht op de restwaarde van de individuele activa, is (daarom) onjuist.

3.4.2 Volgens vaste rechtspraak van het EHRM is niet alleen in geval van een formele onteigening sprake van ontneming van eigendom in de zin van art. 1 EP, maar ook indien sprake is van een *de facto* onteigening. Om vast te stellen of sprake is van een *de facto* onteigening van een onderneming, moet bezien worden wat het werkelijke effect op de onderneming als geheel is van de maatregel waarover wordt geklaagd; indien de maatregel leidt tot beëindiging van de onderneming maar de rechthebbende enig economisch belang of een zinvolle gebruiksmogelijkheid behoudt bij (activa van) de onderneming, is geen sprake van een *de facto* onteigening van de onderneming (zie onder meer de hiervoor in 3.3.2 vermelde zaken *Tre Traktörer Aktiebolag/Zweden* en *Fredin/Zweden*).

Het hof heeft vastgesteld dat de fysieke bedrijfsmiddelen waarover de nertsenhouders beschikken hun waarde behouden, eigendom van de nertsenhouders blijven en door hen te gelde kunnen worden gemaakt. In het licht van die vaststelling geeft het oordeel van het hof dat geen sprake is van een *de facto* onteigening, geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Dat geldt ook indien, zoals door NFE c.s. is gesteld, voor een grote meerderheid van de nertsenhouders geen reële mogelijkheid bestaat op de bestaande locatie een andere onderneming te drijven. De klacht faalt derhalve.

3.5.1 De onderdelen 3.2 en 3.3 klagen onder meer dat het hof bij zijn toetsing aan de *fair balance*-test heeft miskend dat de overgangsperiode de strekking heeft om gedane investeringen, en niet slechts de investeringen die op grond van de PPE-Verordening verplicht waren, terug te verdienen. Volgens de onderdelen leidt de Wet, afgezien van schade aan de goodwill en los van de verplichte investeringen op grond van de PPE-Verordening, tot omvangrijke vermogensschade waarvoor geen compensatie wordt geboden. Geklaagd wordt dat het hof in dit verband heeft nagelaten te onderzoeken of, gelet op deze en alle overige relevante omstandigheden, waaronder de schadelijke effecten van de overgangsperiode, de Wet strookt met het proportionaliteitsvereiste van art. 1 EP.

3.5.2 Deze klachten treffen geen doel. Het bestaan van een overgangsperiode die de door een maatregel getroffen eigenaar in staat stelt om zijn schade te beperken, is een omstandigheid die kan bijdragen aan het oordeel dat een redelijk evenwicht is getroffen tussen de eisen van het algemeen belang enerzijds en de bescherming van individuele rechten anderzijds (vgl. EHRM 13 januari 2015, nr. 65681/13, ECLI:NL:XX:2015:201, *JB* 2015/82 (*Vékony/Hongarije*)). Het hof heeft derhalve terecht onderzocht of de overgangsperiode de nertsenhouders een adequate mogelijkheid biedt om

hun schade te beperken. Bij zijn vaststelling dat dit het geval is, heeft het hof ook rekening gehouden met schadelijke effecten die zich mogelijk reeds tijdens de overgangsperiode voordoen (rov. 3.3 en 3.8).

Voorts heeft het hof vastgesteld

- dat het verbod op het houden van pelsdieren voor de productie van bont al sinds 1999, en in ieder geval sinds 2006 in die mate voorzienbaar was, dat de nertsenhouders reeds geruime tijd voor de invoering van de Wet aanleiding hadden om zich op een mogelijk verbod in te stellen, bijvoorbeeld door hun ondernemingen te diversifiëren en zich daardoor minder kwetsbaar te maken,
- dat hun vanaf de invoering van de Wet op 15 januari 2013 nog een ruime overgangsperiode van bijna elf jaar is gegund, waarin zij de verplichte investeringen in dierenwelzijn kunnen terugverdienen en hun ondernemingen nog enige tijd winstgevend kunnen voortzetten,
- en dat daarnaast flankerende maatregelen zijn getroffen die in voorkomend geval een tegemoetkoming in de schade kunnen betekenen.

Gelet op deze vaststellingen geeft het daarop gebaseerde oordeel van het hof dat de Wet voldoet aan het proportionaliteitsvereiste geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Voor het overige miskennen de klachten dat in cassatie slechts een beperkte toetsing van oordelen van feitelijke aard mogelijk is, en dat voor een hernieuwde afweging van de in het geding zijnde belangen geen plaats is. De bestreden oordelen van het hof zijn toereikend gemotiveerd en niet onbegrijpelijk.

(...)

4 Beslissing

De Hoge Raad verwerpt het beroep en veroordeelt NFE c.s. in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van de Staat begroot op € 856,34 aan verschotten en € 2.200,-- voor salaris.

Naschrift

1. In december 2016 oordeelde de Hoge Raad in bovenstaand arrest over de vraag of invoering van de Wet verbod pelsdierhouderij in januari 2013 onrechtmatig is jegens de Nederlandse Federatie van Edelpelsdierenhouders en verscheidene individuele nertsenhouders (hierna: NFE c.s.). Dit geschil heeft vele pennen in beweging gebracht. Het belang van het arrest is niet alleen gelegen in dit specifieke geschil, maar heeft naar alle waarschijnlijkheid ook relevantie voor de gedachtevorming over eventuele toekomstige sluiting van kolencentrales in Nederland. Zo opperde de Raad van State afgelopen zomer in een advies al de mogelijkheid kolencentrales per wet te sluiten (*Kamerstukken II* 2016/17, 34627, 15). In het geschil waarover het hier gaat, verbiedt artikel 2 Wet verbod pelsdierhouderij per direct het houden, doden en doen doden van pelsdieren omdat dat op ethische en morele gronden onaanvaardbaar moet worden geacht. Bovendien regelt de wet een algeheel verbod op nertsen-

houderijen vanaf 1 januari 2024. De periode tot 2024 geldt als een overgangsperiode voor de nertsenhouders die aan specifieke voorwaarden voldoen en waarbij daarom sprake is van bijzondere omstandigheden. Aan de keuze voor het hanteren van deze overgangsperiode ligt onder meer de gedachte ten grondslag dat die periode strekt tot compensatie voor de voorziene schade (zie r.o. 3.1). De wet kent daarnaast een drietal flankerende maatregelen (tegemoetkoming in de kosten van sloop of ombouw van gebouwen waarin beroepsmatig nertsen worden gehouden; door eventueel bij beëindiging van de nertsenhouderij ontstane boekwinst kan men belastingvrij herinvesteren; tegemoetkoming in geval van onbillijkheden van overwegende aard in de pensioenvoorziening van de oudere nertsenhouder).

Na een lange parlementaire behandeling (zie ook r.o. 1.1 e.v. Hof Den Haag 10 november 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:3025, *M en R* 2016/13, *O&A* 2016/17) trad de Wet verbod pelsdierhouderij op 15 januari 2013 in werking. In de aanloop naar dat moment zijn drie momenten met name relevant geweest. Het eerste is de in 1999 door de Tweede Kamer aangenomen motie die het fokken van de van nature solitair levende roofdieren beoogde te verbieden (*Kamerstukken II* 1998/99, 26200, 63). In 2003 is vervolgens ten behoeve van het pelsdierenwelzijn een verordening van het Productschap Pluimvee en Eieren (de PPE-verordening) uitgevaardigd die de pelsdierenhouderijen noopten tot aanzienlijke investeringen. Het derde relevante moment is het indienen van het initiatiefwetsvoorstel in 2006 dat uiteindelijk heeft geleid tot de Wet verbod pelsdierhouderij.

NFE c.s. vordert in het geschil met de Nederlandse Staat de onverbindend verklaring van de Wet verbod pelsdierhouderij of althans de buiten werking stelling van die wet, alsmede een verklaring voor recht dat de Staat zich door invoering van die wet schuldig maakt aan een onrechtmatige daad en aansprakelijk is voor ontstane schade. De vordering is gebaseerd op de stelling dat de Staat het in art. 1 Protocol 1 EVRM (hierna EP EVRM) gegarandeerde recht op eigendom heeft geschonden (anders dan in HR 20 maart 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG9951, *Gst.* 2009/65, m.nt. Schutgens (*Van den Boomen/Staat*) waarin een soort égalité-aansprakelijkheid stuk liep op het toetsingsverbod van art. 120 Gw). In deze annotatie vragen wij in dat verband met name aandacht voor het begrip eigendom in de zin van art. 1 EP EVRM, waarbij vooral de vraag is onder welke voorwaarden de goodwill van een onderneming tot het eigendom mag worden gerekend, en voor de vraag wanneer sprake is van ontneming (tweede zin van art. 1 eerste lid EP EVRM) en wanneer van regulering (art. 1 tweede lid EP EVRM) van eigendom.

2. Bekend is dat art. 1 EP EVRM het ongestoorde genot van eigendom beschermt. Daarnaast stelt het verdrag voorwaarden aan ontneming van eigendom en erkent het gelijktijdig het recht van de verdragsstaten om het eigendom te reguleren. Het verschil tussen ontneming en regulering is niet altijd even helder. In vaste jurisprudentie is bepaald dat het begrip eigendom ruim en autonoom moet worden uitgelegd (vgl. EHRM 5 januari 2000, ECLI:CE:ECHR:2000:0105JUD003320296, *AB* 2000/235, m.nt.

L.F.M. Verhey (*Beyeler/Italië*). Als eigendom worden in elk geval gezien die rechten en belangen die een vermogenswaarde vertegenwoordigen, zoals eigendomsrechten, vermogensbestanddelen en vorderingen voor zover sprake is van een 'legitimate expectation'. Verdragspartijen mogen zich enkel mengen in het eigendomsrecht indien dit (i) bij wet is voorzien; (ii) in het algemeen belang is; en er (iii) een *fair balance* wordt getroffen tussen het algemeen belang en de fundamentele rechten van de eigenaar. Voor een *fair balance* moet sprake zijn van evenredigheid en proportionaliteit en zijn alle omstandigheden van het geval van belang. Hiervoor kunnen onder andere de aanwezigheid van een compensatieregeling of andere flankerende maatregelen, het gunnen van een overgangstermijn en de mate van voorzienbaarheid van belang zijn. Er bestaat één verschil in deze *fair balance*-toets bij eigendomsontneming ten opzichte van regulering. In het geval van ontneming wordt een volledige schadeloosstelling geleverd, terwijl bij van regulering kan volstaan worden met vergoeding van 'individuele en onevenredige schade' (EHRM 30 april 2013, ECLI:NL:XX:2013:397, AB 2014/13, m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik). Bij ontneming van eigendom is immers sprake van eigendomsoverdracht in juridische dan wel in feitelijke zin, waardoor het recht om te beschikken over het eigendom verloren gaat. In dat soort gevallen is de ontneming zonder enige vorm van compensatie, snel in strijd met art. 1 EP EVRM. Dat ligt genuanceerder indien sprake is van regulering van eigendom, waarbij de gebruiksmogelijkheden daarvan worden beperkt zonder dat het beschikkingsrecht daarover verloren gaat.

De rechtbank heeft de eis van NFE c.s. in eerste instantie toegewezen (Rb. Den Haag 21 mei 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:6161, JB 2014/164, O&A 2014/82). De rechtbank stelde kort en goed dat met de wet inbreuk wordt gemaakt 'op het eigendomsrecht van de pelsdierhouders, te weten hun ondernemingen'. De rechtbank oordeelde dat de beperkingen van het eigendomsrecht gedurende de overgangperiode moeten worden beschouwd als regulering van eigendom en niet als ontneming daarvan; de rechtbank stelde tevens dat het vanaf 2024 geldende verbod in elk geval een zeer zware vorm van regulering is. Omdat ook de overgangperiode zelf schade toebrengt, beschouwde de rechtbank deze niet als een compenserende maatregel. Daarnaast nam de rechtbank de flankerende maatregelen niet mee in haar overwegingen over de vereiste *fair balance* omdat (nog) onduidelijk zou zijn wat deze inhouden. De rechtbank kwam op deze wijze tot de conclusie dat er geen *fair balance* was getroffen tussen de regulering in het algemeen belang en de fundamentele eigendomsrechten van de NFE c.s. Immers, tegenover de zware wijze van regulering van het eigendom staat in de visie van de rechtbank weinig tot niets.

Het Hof vernietigde het vonnis van de rechtbank om tweerechten. Ten eerste hanteert de rechtbank naar het oordeel van het Hof een te ruim eigendomsbegrip. Hoewel een onderneming in beginsel onder dit begrip kan vallen, geldt dit alleen voor de verdien capaciteit die besloten ligt in bestaande bedrijfsmiddelen en de goodwill van de onderne-

ming. Toekomstige inkomsten die niet reeds zijn verdiend of waarop geen rechtens afdwingbare aanspraak bestaat, vallen niet onder de bescherming van art. 1 EP EVRM, aldus het Hof. Ten tweede oordeelt het Hof dat er wel degelijk sprake is van een *fair balance*. Het ingevoerde verbod was voorzienbaar, gezien de lange parlementaire geschiedenis en was bovendien proportioneel, omdat het voortkomt uit de opvatting dat het houden en doden van pelsdieren onaanvaardbaar is. Daarnaast neemt het Hof – anders dan de rechtbank – wél de overgangperiode en de flankerende maatregelen als compenserende maatregelen mee in de beoordeling. De overgangperiode biedt de pelsdierenhouders de mogelijkheid om investeringen terug te verdienen en de werkzaamheden in 2024 te beëindigen met een overwinst. De flankerende maatregelen kunnen worden meegenomen in de beoordeling of sprake is van een *fair balance*, omdat daarbij alle omstandigheden van het geval van belang zijn. Het incidenteel appel van NFE c.s. dat *in casu* sprake zou zijn van *de facto* ontneming van eigendom in plaats van regulering, vangt bij het Hof bot. Er is geen sprake van formele ontneming (onteigening), en evenmin van *de facto* ontneming. *De facto* ontneming is aan de orde indien het eigendom op zodanige wijze wordt gereguleerd dat het nageen alle waarde verliest. Hiervan is naar het oordeel van het Hof geen sprake, alleen al omdat op zijn minst de grond nog waarde behoudt en kan worden verkocht. Er is dus nog sprake is van 'enig economisch belang' (r.o. 3.4.2).

3. In cassatie bij de HR voeren NFE c.s. aan dat het Hof een te beperkte uitleg van eigendom hanteert. De stelling is dat voor een volledige bescherming van ondernemingen ex art. 1 EP EVRM ook het vermogen om in de toekomst winst te maken, deel zou moeten uitmaken van de goodwill, dat onderdeel is van het eigendomsrecht dat wordt beschermd door art. 1 EP EVRM. Zoals ook Sanderink immers uiteen heeft gezet in zijn noot bij dit arrest (JB 2017/36), is de jurisprudentie van het EHRM niet in alle gevallen voldoende duidelijk over de vraag wat nu exact als het eigendom moet worden beschouwd als het gaat om (de goodwill van) ondernemingen (zie daarover o.a. EHRM 26 juni 1986, nr. 8543/79, ECLI:NL:XX:1986:AC9450, NJ 1987/581, m.nt. Alkema (*Van Marle e.a./Nederland*); EHRM 7 juli 1989, nr. 10873/84, ECLI:CE:ECHR:1989:0707JUD001087384 (*Traktörer AB/Zweden*), EHRM 25 januari 2000, nr. 37683/97, ECLI:CE:ECHR:2000:0125DEC003768397 (*Ian Edgar (Liverpool) Limited/VK*); EHRM 13 maart 2012, nr. 23780/08, ECLI:CE:ECHR:2012:0313JUD002378008 (*Malik/VK*)). Voor zover deze door NFE c.s. bepleite interpretatie niet direct als vaststaand wordt gedeeld, dan betogen eisers dat de rechtspraak van het EHRM voor een degelijke ruimere interpretatie wel degelijk ruimte laat en dat de HR die ruimere interpretatie zou moeten kiezen in zijn jurisprudentie. Op basis van die ruimere uitleg zou de rechter de Wet verbod pelsdierhouderij dan toch buiten toepassing moeten laten. De bevoegdheid van de HR om een wet buiten toepassing te laten is uiteraard nauw verbonden met de bepalingen omtrent de doorwerking van het internationaal recht in de Nederlandse grondwet. Zo is de Nederlandse rechter op grond van art. 93 Gw bevoegd om een ieder verbindende

verdragsbepalingen toe te passen. Voorts brengen art. 94 en 120 Gw mee dat een formele wet buiten toepassing moet worden gelaten in het geval van strijd met een ieder verbindende verdragsbepalingen. Daarmee is ook gegeven dat de nationale rechter bevoegd en verplicht is om dergelijke bepalingen in voorkomend geval uit te leggen. Dat verbaast niet. Ook niet echt verrassend is dat de HR zich niet bevoegd acht om een formele wet buiten toepassing te laten op grond van een eigen uitleg van een ieder verbindende verdragsbepalingen die afwijkt van de gevestigde rechtspraak van het EHRM. Aan de conclusie dat de HR niet op basis een eigen, ruimere interpretatie van art. 1 EP EVRM de Wet verbod pelsdierhouderij opzij kan zetten, kan niet afdoen dat in art. 53 EVRM is bepaald dat verdragsstaten verdergaande bescherming mogen bieden dan het EVRM doet. Het oordeel van de HR kunnen wij goed volgen. De rechterlijke bevoegdheid een formele wet buiten toepassing te laten, zou in het andere geval wel erg vrij en onvoorspelbaar worden. Het is in eerste instantie aan de nationale wetgever om te beslissen over eventuele verdergaande bescherming van het eigendomsrecht dan het EVRM biedt.

Hoe zit het nu met de interpretatie van het eigendomsbegrip als het gaat om de goodwill van de ondernemingen van de pelsdierhouderijen? Het eigendomsbegrip van art. 1 EP EVRM is veelomvattender dan ons nationaalrechtelijk begrip van eigendom. Art. 1 EP EVRM beschermt burgers in hun mogelijkheid eigendom te bezitten, te gebruiken, te vervreemden en ermee inkomsten te verwerven en de fysieke integriteit van eigendom. Indien deze belangen worden geschonden, is art. 1 EP EVRM in het geding. Het kan daarbij onder andere gaan om contracten, vorderingen, stoffelijke objecten en socialezekerheidsuitkeringen (D.G.J. Sanderink, *Het EVRM en het materiële omgevingsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 53-58).

De Hoge Raad deelt het standpunt van NFE c.s. dat het eigendomsbegrip volgens de heersende jurisprudentie al meer omvat dan het Hof had geoordeeld. Hij herhaalt dat toekomstige inkomsten alleen als eigendom worden beschouwd indien zij reeds zijn verdiend of als er een rechtens afdwingbare aanspraak op bestaat. Goodwill is in enkele gevallen wel als eigendom beschouwd, maar die goodwill houdt voornamelijk verband met een bestaande klanten- of patiëntenkring, een bestaande vergunning of 'de gerechtvaardigde verwachting dat inkomsten kunnen worden gegenereerd op grond van een wettelijk privilege' (zie respectievelijk de hierboven aangehaalde zaken *Van Marle e.a./Nederland* en *Tre Traktörer AB/Zweden* en de zaken EHRM 18 februari 1991, nr. 12033/96, ECLI:CE:ECHR:1991:0218JUD001203386 (*Fredin/Zweden*) en EHRM 6 februari 2003, nr. 71630/01, ECLI:CE:ECHR:2003:0206DEC007163001, *Wendenburg/Duitsland*). Een enkele mogelijkheid om toekomstige inkomsten te genereren kan niet tot de goodwill gerekend worden en valt dus ook niet onder het de bescherming van art. 1 EP EVRM, aldus de HR. Wij kunnen ons niet aan de indruk onttrekken dat de vergunning voor een pelsdierhouderij wel zou kunnen worden gezien als een grondslag voor het aannemen van goodwill. In *Tre Traktörer AB/Zweden* (r.o. 111)

overweegt het EHRM dat een drankvergunning, als belangrijk en constant element in het houden van een restaurant, onder de bescherming van art. 1 EP EVRM valt. Daarmee kan het kwalificeren als 'bestaande eigenschappen of verworvenheden ('assets') van hun ondernemingen', zoals de HR die vergt ter onderbouwing van de goodwill.

Moet de met de Wet verbod pelsdierhouderij gemaakte inbreuk op het eigendomsrecht van de pelsdierhouderijen nu worden beschouwd als (*de facto*) ontneming of als regulering? Volgens NFE c.s. zou een maatregel tot de algehele beëindiging van een onderneming, althans tot het onmogelijk maken van voortzetting van de onderneming, een *de facto* onteigening betekenen. Is daar inderdaad sprake van, dan zou dat tot consequentie hebben dat de schadevergoeding omvangrijker moet zijn. De HR volgt NFE c.s. echter niet. Voor de beoordeling van een *de facto* onteigening moet het werkelijke effect op het eigendom (van de onderneming) als geheel worden gezien. Deze standaardoverweging houdt in dat er geen sprake is van onteigening indien de rechthoudende enig economisch belang of een zinvolle gebruiksmogelijkheid van het eigendom behoudt. Het Hof oordeelde dat de fysieke bedrijfsmiddelen ook na 2024 te gelde kunnen worden gemaakt en dus enig economische waarde behouden. Daarmee geeft zij volgens de HR geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Zelfs als er geen reële mogelijkheid bestaat een andere onderneming op de locatie van de voormalige nertsenhouderij te vestigen na 2024, blijft er sprake van enig economische waarde.

Het verschil tussen *de facto* en een formele onteigening lijkt daarmee, naar ons oordeel, grotendeels verdwenen. De A-G behandelt in zijn conclusie (r.o. 2.25-2.28) verscheidene rechtspraak waarin het EHRM elke keer oordeelt dat sprake is van regulering. Dat een onderneming moet stoppen, betekent derhalve geenszins dat sprake is van *de facto* onteigening. Daarvoor is immers vereist dat het eigendom, waaronder ook moet worden begrepen de grond of een of meer bedrijfsmiddelen van de onderneming, simpelweg geen enkele economische waarde meer heeft. Dat zal niet snel het geval zijn. De jurisprudentie laat zien dat zelfs sprake is van regulering bij een grindmijn die door het intrekken van een vergunning haar waarde volledig verliest, omdat 'ook gekeken moet worden naar de omliggende percelen' (zie de hiervoor genoemde zaak *Fredin/Zweden*).

Als duidelijkheid is verschaft over de reikwijdte van het eigendomsbegrip (de enkele toekomstige verdien capaciteit behoort daar – anders dan de 'echte' goodwill – niet toe) en over de vraag of sprake is van ontneming of regulering (regulering), resteert het pleidooi van NFE c.s. dat het Hof heeft miskend dat – gelet op de omstandigheden van het geval – met de wijze van invoering van het verbod op het houden van pelsdieren geen sprake is van een *fair balance*. Dat de invoering gepaard is gegaan met een overgangsperiode om de investeringen vanwege de PPE-verordening terug te verdienen, achten NFE c.s. onvoldoende, omdat de overgangsperiode gericht zou moeten zijn op de mogelijkheid om alle investeringen terug te verdienen. De nertsenhouders zullen daardoor omvangrijke vermogensschade ondervinden. Zodoende strookt de Wet verbod pelsdierhouderij niet met het

proportionaliteitsvereiste van art. 1 EP EVRM. Ook dit be-
toog slaagt niet. De HR oordeelt dat een overgangperiode
een omstandigheid is die kan bijdragen aan het oordeel dat
er een *fair balance* is getroffen, maar dat het geen vormvast
vereiste is. De overgangperiode biedt een adequate moge-
lijkheid tot beperking van de schade en dat is voldoende.
Het Hof heeft bij zijn oordeel verder de eerdergenoemde
flankerende maatregelen betrokken en zodoende geen blijk
gegeven van een onjuist rechtsoordeel. Kortom, art. 1 EP
EVRM biedt de wetgever nog altijd een vrij grote *margin of*
appreciation als het gaat om het reguleren van het recht op
ongestoord eigendom.

K.J. de Graaf en W.P. van der Meulen

Gst. 2017/177

Hoge Raad (Strafkamer) 14 februari 2017, nr. 14/03452
(Mrs. W.A.M. van Schendel, H.A.G. Splinter-van Kan, G.
Sniijders, G. de Groot en V. van den Brink)
m.nt. P.J. Huisman¹

(Art. 6:162 BW; art. 188 Sr)

JOW 2017/17
NJ 2017/140
NJB 2017/495
RvdW 2017/269
ECLI:NL:HR:2017:221

Uitzondering op het uitgangspunt dat privaatrechte- lijk verhaal van opsporingskosten een onaanvaardbare doorkruising van het publiekrecht oplevert.

*Het middel stelt de vraag aan de orde of de politie jegens dege-
ne die is veroordeeld ter zake van 'aangifte of klacht doen dat
een strafbaar feit gepleegd is, wetende dat het niet gepleegd
is' (art. 188 Sr), op grond van onrechtmatige daad als bedoeld
in art. 6:162 BW verhaal heeft voor de kosten die zij als gevolg
van de aangifte heeft moeten maken.*

*Het gaat hier om kosten die de politie maakt ter uitvoering
van haar publiekrechtelijke taak, strekkende tot het opsporen
van strafbare feiten. De onbeperkte mogelijkheid van ver-
haal van deze kosten op grond van het privaatrecht – welke
mogelijkheid onder meer zou bestaan indien een verdachte,
een veroordeelde of een derde onrechtmatig handelen jegens
de politie kan worden verweten – verdraagt zich niet zonder
meer met de bijzondere wettelijke doeleinden en regeling
van de strafrechtspleging. Kostenverhaal op grond van het
privaatrecht levert dan ook in beginsel een onaanvaardbare
doorkruising op van deze publiekrechtelijke regelgeving (vgl.
HR 21 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF2835, NJ 2003/360).*

*Van deze onaanvaardbare doorkruising is in beginsel ook
sprake bij verhaal van de kosten als gevolg van een valse aan-
gifte. Dat is echter anders als vaststaat dat degene die de aan-
gifte heeft gedaan, niet alleen wist dat het feit niet is gepleegd,
maar de aangifte ook heeft gedaan met geen ander doel dan
de politie te schaden en bij de aangifte wist of moest begrijpen
dat deze de politie zou nopen of bewegen totodeloze opspo-
ringshandelingen. Kostenverhaal valt in dat geval niet meer
aan te merken als een onaanvaardbare doorkruising in de
hiervoor genoemde zin.*

*Indien de politie in het strafproces als benadeelde partij scha-
devergoeding vordert wegensodeloos gemaakte kosten, rust
op haar de plicht feiten of omstandigheden te stellen op grond
waarvan kan worden geoordeeld dat aan de hiervoor vermel-
de vereisten is voldaan. Bij betwisting rust op de politie ook,
overeenkomstig de hoofdregel van art. 150 Rv, de last bewijs
van die feiten en omstandigheden bij te brengen.*

Arrest

op het beroep in cassatie tegen een arrest van het Gerechts-
hof Arnhem-Leeuwarden, zittingsplaats Arnhem, van 2 juli
2014, nummer 21/003547-12, in de strafzaak tegen:
[verdachte], geboren te [geboorteplaats] op [geboorteda-
tum] 1952.

1 Geding in cassatie

Het beroep is ingesteld door de verdachte. Namens deze
heeft G. Spong, advocaat te Amsterdam, bij schriftuur mid-
delen van cassatie voorgesteld. De schriftuur is aan dit ar-
rest gehecht en maakt daarvan deel uit.

Namens de benadeelde partij hebben Th.O.M. Dieben en J.G.
Geertsma, beiden advocaat te Amsterdam, bij schriftuur
een middel van cassatie voorgesteld. De schriftuur is aan dit
arrest gehecht en maakt daarvan deel uit.

De Advocaat-Generaal P.C. Vegter heeft geconcludeerd tot
verwerping van het beroep.

De raadsman van de verdachte heeft daarop schriftelijk ge-
reageerd.

De advocaten van de benadeelde partij hebben daarop
schriftelijk gereageerd.

De Advocaat-Generaal P.C. Vegter heeft bij aanvullende con-
clusie geconcludeerd tot verwerping van het beroep.

De advocaten van de benadeelde partij hebben daarop
schriftelijk gereageerd.

2 Beoordeling van de namens de verdachte voorgestelde middelen

De middelen kunnen niet tot cassatie leiden. Dit behoeft,
gezien art. 81, eerste lid, RO, geen nadere motivering nu de
middelen niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen
in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikke-
ling.

¹ Mr. dr. P.J. Huisman is universitair docent bij de afdeling Staats- en be-
stuursrecht van de Vrije Universiteit.